

L'architecture de la responsabilité civile

Chaire Jean-Louis Baudouin

28 novembre 2019

Pierre Larouche

Professeur, Innovation et droit

Vice-doyen, développement et qualité des programmes



Pourquoi l'architecture?



L'ARCHITECTURE
DE LA
RESPONSABILITÉ CIVILE

PIERRE LAROUCHE, PROFESSEUR

VICE-DOYEN, FACULTÉ DE DROIT | UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

JEUDI 28 NOVEMBRE 2019 À 16H30

SALON FRANÇOIS-CHEVRETTE (A-3464)
FACULTÉ DE DROIT | UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
INSCRIPTION | WWW.CHAIREJLB.CA



Chaire Jean-Louis Baudouin
EN DROIT CIVIL

Une attestation de participation représentant
1 heure de formation sera transmise
aux avocats et aux notaires.

Plan

Introduction et méthodologie

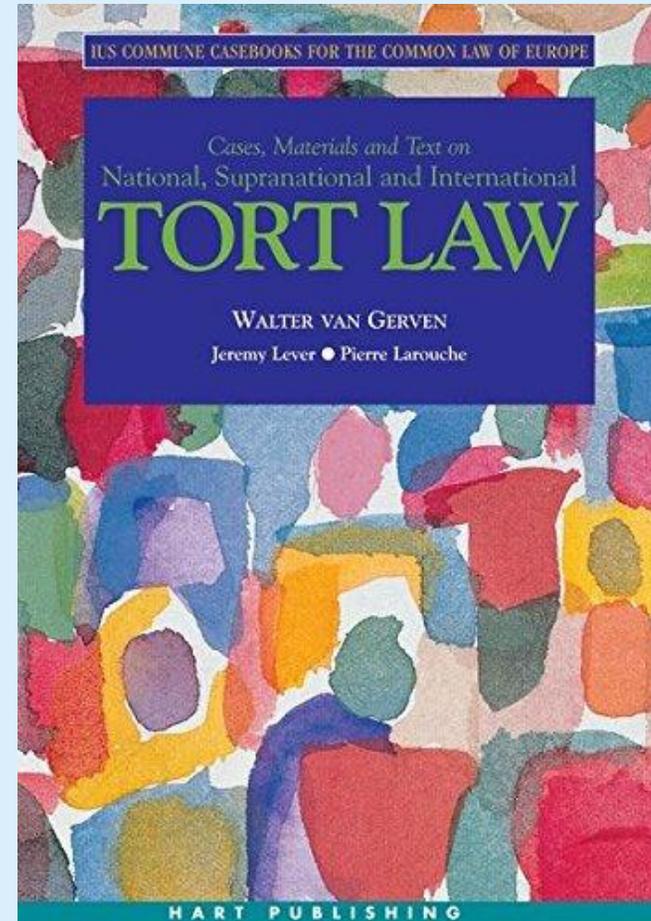
Modèle de base et point de départ

Éléments d'architecture

- Gestion du volume de contentieux
- Gestion du changement
- Équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire

Conclusion

Introduction



Introduction et méthodologie

Enseignement en « Responsabilité civile européenne » : 2000-2002

Impact méthodologique et programmatique du projet des *casebooks*

- Vision stratégique et dynamique du droit comparé
- Méthode fonctionnaliste augmentée

Influence de l'inter-disciplinarité au sein de TILEC

Écrits subséquents : *Economic Analysis of the DCFR*

Aboutissement : méthodologie « globale »

Enseignement en « GLB Responsabilité » : 2013-2016

« Responsabilité civile (Tort Law) » : 2018-2019

Modèle de base et point de départ

Design d'un cadre juridique : trois considérations

1. Respect des principes fondamentaux de droit
2. Efficacité : capacité d'atteindre les objectifs de fond
Ici : compensation
3. Efficience : subsidiairement, minimisation des coûts d'opération du cadre

Il n'y a généralement pas de solution optimale (*first-best*), il faut trouver le meilleur compromis entre les trois considérations (*second-best*)

Modèle de base et point de départ

Efficacité : capacité d'atteindre les objectifs de fond

- Principal problème : information incomplète et contraintes de temps et de ressources
 - La règle de droit en tant qu'outil de gestion de l'information
- Modélisation des erreurs

Décision idéale / Décision réelle	Responsable	Non-responsable
Responsable		Erreur de Type I
Non-responsable	Erreur de Type II	

Modèle de base et point de départ

Point de départ :

- L'accident cause une perte chez la victime
- Cette perte peut-elle être transférée à la charge d'une autre personne ?
 - Lien entre l'accident et l'autre personne
 - Justification (normative) pour le transfert de la perte

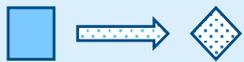


- Des accidents se produisent constamment → flux de contentieux
 - La nature et l'ampleur du flux varient avec le temps

Gestion du contentieux



Peut-on simplifier le flux du contentieux?



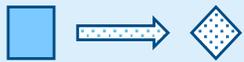
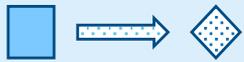
- Se rattache à la 3e considération : efficacité



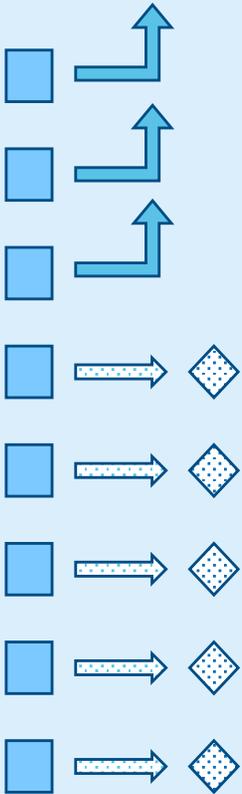
Exclusions *a priori* : certaines affaires sont exclues d'emblée sur la base de critères généraux, sans examen approfondi



- En droits français et québécois : pas d'exclusions *a priori*



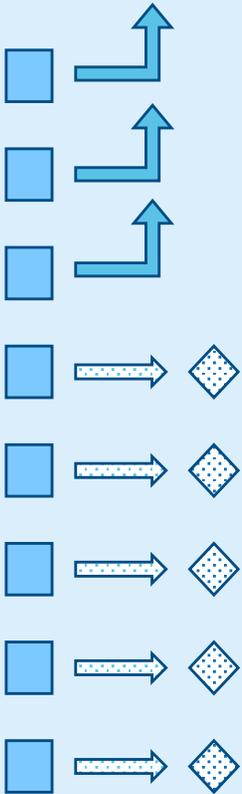
Gestion du contentieux



Exclusions *a priori* : certaines affaires sont exclues d'emblée sur la base de critères généraux, sans examen approfondi

- En droit anglais : usage du *duty of care* (obligation de diligence) dans le principal chef de responsabilité, le tort de négligence
 - Conditions pour engager la responsabilité pour négligence
 - Dommage, causalité (bifurquée), négligence *stricto sensu*, **ET**
 - Présence d'une *duty of care*, appréciée dans l'abstrait
 - Prévisibilité raisonnable du dommage
 - Proximité entre victime et défendeur
 - Considérations de principe : il est équitable, juste et raisonnable d'imposer une *duty of care*

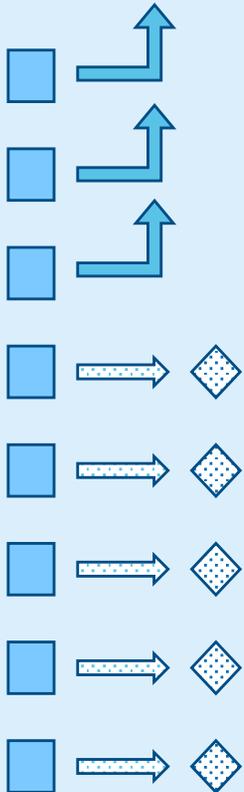
Gestion du contentieux



Exclusions *a priori* : certaines affaires sont exclues d'emblée sur la base de critères généraux, sans examen approfondi

- En droit anglais : usage du *duty of care* (obligation de diligence) dans le principal chef de responsabilité, le *tort* de négligence
 - Quel est l'impact pratique du *duty of care* ?
 - Segmentation selon la nature du préjudice
 - Corporel (physique ou psychologique) ou aux biens : **OUI**
 - « Purement économique » (*pure economic loss*) : **NON**
 - Segmentation par type de défendeur
 - Puissance publique : **NON**

Gestion du contentieux



Exclusions *a priori* : certaines affaires sont exclues d'emblée sur la base de critères généraux, sans examen approfondi

- En droit allemand : juridicisation du préjudice et hiérarchie selon la nature du droit lésé, à § 823(1) BGB et plus généralement à travers le droit allemand de la responsabilité civile :

§ 823. 1. Celui qui, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété ou à un autre droit similaire d'autrui, est tenu à réparation du dommage qui en résulte.

- Protégé : voir liste
- Non-protégé : atteinte générale au patrimoine (*reiner Vermögensschaden*)
 - Concept équivalent au *pure economic loss* anglais

Gestion du contentieux

Convergence des droits allemand et anglais sur l'exclusion des cas d'atteinte générale au patrimoine

- Raisonement : pertes plus facilement absorbables par la victime
 - Poids économique trop lourd à supporter pour le défendeur
 - Risque d'engorgement des tribunaux (*floodgates*)

→ Réduction des coûts du cadre (3.) mais accroissement du risque de Type II (2.)

- Est-ce que cela fonctionne?
 - Difficultés pratiques
 - Difficultés théoriques

Gestion du contentieux

Difficultés pratiques : l'exclusion *a priori* semble injuste dans certains cas, et ainsi des exceptions doivent être aménagées

- En droit anglais et anglo-canadien, hors du tort de négligence
 - Tromperie
 - Incitation au manquement contractuel
 - Intimidation
 - Complot
 - Atteinte illégale aux rapports économiques
- En droit anglais et anglo-canadien, au sein du tort de négligence, la proximité existe si
 - Fausse représentation négligente : *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners*
 - Négligence dans la fourniture de service : *White c. Jones*
 - Produits ou structures défectueux : *Winnipeg Condominium c. Bird Construction*
 - Perte économique relationnelle : *CN v. Norsk Pacific Steamship Co.*

Gestion du contentieux

Difficultés pratiques : l'exclusion *a priori* semble injuste dans certains cas, et ainsi des exceptions doivent être faites

- En droit allemand, la jurisprudence a trouvé des moyens détournés d'échapper à l'exclusion *a priori*
 - Expansion du domaine contractuel : *culpa in contrahendo* (§ 311 BGB), contrat protégeant un tiers
 - Interprétation créative du droit de propriété au sens de § 823(1) BGB
 - Création du « droit à l'entreprise commerciale » en tant qu' « autre droit » au sens de § 823(1) BGB
 - Violation d'une norme statutaire : § 823(2) BGB
 - Conduite en manquement grave aux bonnes mœurs : § 826 BGB
- Retour de balancier: Complexification du cadre juridique (3.) pour réduire les erreurs de Type II (2.)

Gestion du contentieux

Difficultés théoriques: et si l'exclusion *a priori* était elle-même illégale?

- L'exclusion *a priori* des atteintes générales au patrimoine et le droit européen
- Conflit entre la réduction des coûts (3.) et l'efficacité du droit (2.)
- Le préjudice résultant de manquements au droit européen par les États ou par les individus (droit de la concurrence) consiste essentiellement en atteintes au patrimoine

- CJUE, dans *Brasserie du Pêcheur* (1996) et *Manfredi* (2006) :

L'exclusion totale, au titre du dommage réparable, du manque à gagner ne peut être admise en cas de violation du droit communautaire, car [... elle] serait de nature à rendre en fait impossible la réparation du dommage.

- Les exclusions *a priori* sont inopérantes en matière de droit européen

Gestion du contentieux

Difficultés théoriques: et si l'exclusion *a priori* était elle-même illégale?

- L'exclusion *a priori* en matière de responsabilité de la puissance publique en Angleterre
 - Utilisée de concert avec la requête en irrecevabilité (éq. à l'art. 168 al. 2 *Cpc*)
 - Jurisprudence anglaise des années 90 : considérations d'intérêt général
 - Cour EDH, *Osman v. R-U* (1998) : violation de l'Art. 6 CEDH

[C]ette manière d'appliquer la règle, sans rechercher plus avant l'existence de considérations d'intérêt général concurrentes, ne sert qu'à accorder une immunité générale à la police pour ses actes et omissions dans l'exercice de ses fonctions de recherche et de répression des infractions, et constitue une restriction injustifiable au droit pour un requérant d'obtenir une décision sur le bien-fondé de sa plainte contre la police dans des affaires qui le méritent.

- Réactions anglaises et jurisprudence subséquente
- Conflit entre réduction des coûts (3.) et principes fondamentaux du droit (1.)

Gestion du changement

Comment répondre à l'évolution du flux de contentieux au fil du temps ? Comment le droit de la responsabilité civile peut-il gérer le changement et évoluer ?

- Au fil du temps on cherchera à appliquer la responsabilité civile à de nouvelles situations (inconnues auparavant ou inexplorées)
- Par définition, moins d'informations sont disponibles relativement à une nouvelle situation → risque d'erreur plus élevé (considération 2)
- Les droits anglais et allemand se concentrent sur l'erreur de Type I
 - Crainte du faux positif → hésitation à étendre la portée de la responsabilité civile
 - Vision limitative de la responsabilité civile
 - Deux parties, fardeau à distribuer
 - Souci de l'équilibre entre les parties : ne pas surcharger le défendeur

Gestion du changement

La discussion est menée ouvertement par les tribunaux anglais quant au tort de négligence, à travers l'évolution du concept de *duty of care*

- Début de l'ère moderne avec *Donoghue c. Stevenson* (1931)
 - Lord Atkin : passage d'une approche incrémentale basée sur la jurisprudence à une approche ouverte basée sur le « *neighbour principle* »
- Époque libérale jusqu'à *Anns c. Merton London Borough District Council* (1978)
 - Lord Wilberforce : prévisibilité raisonnable de préjudice à la victime → proximité → *prima facie* duty of care, sous réserve de considérations d'intérêt général
 - La goutte de trop?

Gestion du changement

La discussion est menée ouvertement par les tribunaux anglais quant au tort de négligence, à travers l'évolution du concept de *duty of care*

- Contre-révolution dans les années 1980 et 1990, menée par une Chambre des Lords plus conservatrice, Lord Keith et Lord Bridge en tête
- *Murphy v. Brentwood District Council* (1990): *Anns* est officiellement renversé

Lord Keith: “In my opinion it is clear that *Anns* did not proceed upon any basis of established principle, but introduced a new species of liability governed by a principle indeterminate in character but having the potentiality of covering a wide range of situations, involving chattels as well as real property, in which it had never hitherto been thought that the law of negligence had any proper place.”

Lord Bridge: “These may be cogent reasons of social policy for imposing liability on the authority. But the shoulders of a public authority are only ‘broad enough to bear the loss’ because they are financed by the public at large. It is pre-eminently for the legislature to decide whether these policy reasons should be accepted as sufficient for imposing on the public the burden of providing compensation for private financial losses. If they do so decide, it is not difficult for them to say so.”

Gestion du changement

La discussion est menée ouvertement par les tribunaux anglais quant au tort de négligence, à travers l'évolution du concept de *duty of care*

- Où en est le droit anglais? *Caparo Industries v. Dickman* (1990): Lord Bridge à nouveau
 - D'abord, examen de la jurisprudence. S'il n'y a pas de précédent, alors
 - Test en trois volets pour le *duty of care*
 - **Prévisibilité raisonnable** qu'une personne comme la victime pourrait souffrir un préjudice
 - Lien de **proximité** entre la victime et l'auteur présumé
 - L'imposition d'une *duty of care* est **juste et raisonnable**
- La Chambre des Lords (maintenant la Cour suprême) devient moins conservatrice au 21e siècle, mais garde ce test

Gestion du changement

La discussion est menée ouvertement par les tribunaux anglais quant au tort de négligence, à travers l'évolution du concept de *duty of care*

- *Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire Police* (2018) : Lord Reed

In the ordinary run of cases, courts consider what has been decided previously and follow the precedents (unless it is necessary to consider whether the precedents should be departed from)...

It is normally only in a novel type of case, where established principles do not provide an answer, that the courts need to go beyond those principles in order to decide whether a duty of care should be recognised. Following *Caparo*, the characteristic approach of the common law in such situations is to develop incrementally and by analogy with established authority. The drawing of an analogy depends on identifying the legally significant features of the situations with which the earlier authorities were concerned. The courts also have to exercise judgement when deciding whether a duty of care should be recognised in a novel type of case. It is the exercise of judgement in those circumstances that involves consideration of what is “fair, just and reasonable”.

Gestion du changement

Et la common law canadienne ?

- En principe, *Anns* tient toujours au Canada : *Cooper c. Hobart* (2001)
- Débats en Cour suprême sur la frontière entre les étapes 1 et 2 de *Anns*
- État du droit : *R. c. Imperial Tobacco* (2011) : en fait, quatre étapes
 0. Dans les catégories reconnues par la jurisprudence? Si oui, il y a *duty of care*. Sinon, on continue.
 - 1A. Prévisibilité raisonnable? Si non, pas de *duty of care*. Si oui, on continue.
 - 1B. Proximité? Si non, pas de *duty of care*. Si oui, *duty of care* présumée, on continue.
 2. Considérations résiduelles de politique publique? Si aucune, la *duty of care* tient. Si oui, la présomption est repoussée et il n'y a pas de *duty of care*.
- En fait, les droits anglais et anglo-canadien ne sont plus très loin l'un de l'autre

Gestion du changement

L'état actuel de la common law est fragile

- Les juges, tant anglais que canadiens, veulent s'éloigner du « juste et raisonnable » et centrer l'analyse sur la prévisibilité raisonnable et la proximité
 - Réduit la généralité de l'analyse du *duty of care* et la distance entre celle-ci et le fond de l'affaire
- Le droit n'est ni clair ni stable : affaires où la *duty of care* était au cœur du litige, depuis 2000
 - Devant la House of Lords / Cour suprême d'Angleterre et Galles : 39 affaires
 - Devant la Cour suprême du Canada : 25 affaires

Gestion du changement

L'état actuel de la common law est fragile

- *Rankin c. J.J.* (CsC, 2018) : Le serpent se mord la queue
 - Faits : vol de véhicule dans un garage commercial par des adolescents, et blessures corporelles au passager
 - Majorité passe sous silence que la *duty of care* est présumée lorsqu'il y a préjudice corporel
 - Formulation : « prévisibilité de préjudice corporel découlant du vol de véhicule dans un garage »
 - Les détails de l'analyse spécifique du fond de l'affaire s'infiltrent dans la discussion supposément abstraite du *duty of care*

Gestion du changement

Le droit français s'en tire-t-il mieux?

- Moins de crainte face à l'erreur de Type I → attitude plus ouverte face au changement
- Vision plus large de la responsabilité civile, qui tient compte de l'assurance
- Risque d'erreur moindre en l'absence de mécanisme d'exclusion *a priori*
- Au prix d'une perte d'efficience ? Pas nécessairement :
 - Les principaux éléments de la responsabilité civile sont constamment qualifiés par la Cour de cassation de « questions de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond »
 - Volonté affichée de limiter la valeur jurisprudentielle des décisions : zone de non-jurisprudence
 - Analogie avec le droit de la concurrence
 - Effet secondaire néfaste pour la recherche...

Équilibre législatif – judiciaire

Les droits français et anglais convergent quant à la latitude laissée aux tribunaux

- Mais juges anglais plus frileux que les juges français quant à la gestion du changement
- Divergences sur le compromis entre les considérations 2. (efficacité) et 3. (efficience), sur fond de perceptions différentes des risques d'erreur

Une intervention législative pourrait-elle aider ? Retour vers le droit allemand

- En 1896, les codificateurs allemands, en réaction à la généralité du Code civil français, ont formulé des règles plus spécifiques en matière de responsabilité civile
- Quel en est le bilan?

Équilibre législatif – judiciaire

La Cour suprême allemande a passé le 20^e siècle à compenser les défaillances du cadre imaginé par les codificateurs, en particulier § 823(1) BGB

- La plupart des « précisions » apportées par les codificateurs n'ont pas résisté au passage du temps et aux changements socio-économiques
- De la théorie du résultat (*Erfolgstheorie*) à celle de la conduite (*Handlungstheorie*)
 - Théorie du résultat : atteinte à un intérêt protégé → illégalité présumée
 - Trop large, risque d'erreurs de Type I (omissions, accidents de l'ère moderne)
 - Théorie de la conduite : atteinte à un intérêt protégé → illégalité seulement si violation d'une norme de conduite (*Verkehrspflicht*)
- Absences de la liste de § 823(1) BGB, couvertes via les « autres droits »
 - Atteintes générales au patrimoine : le « droit à l'entreprise »

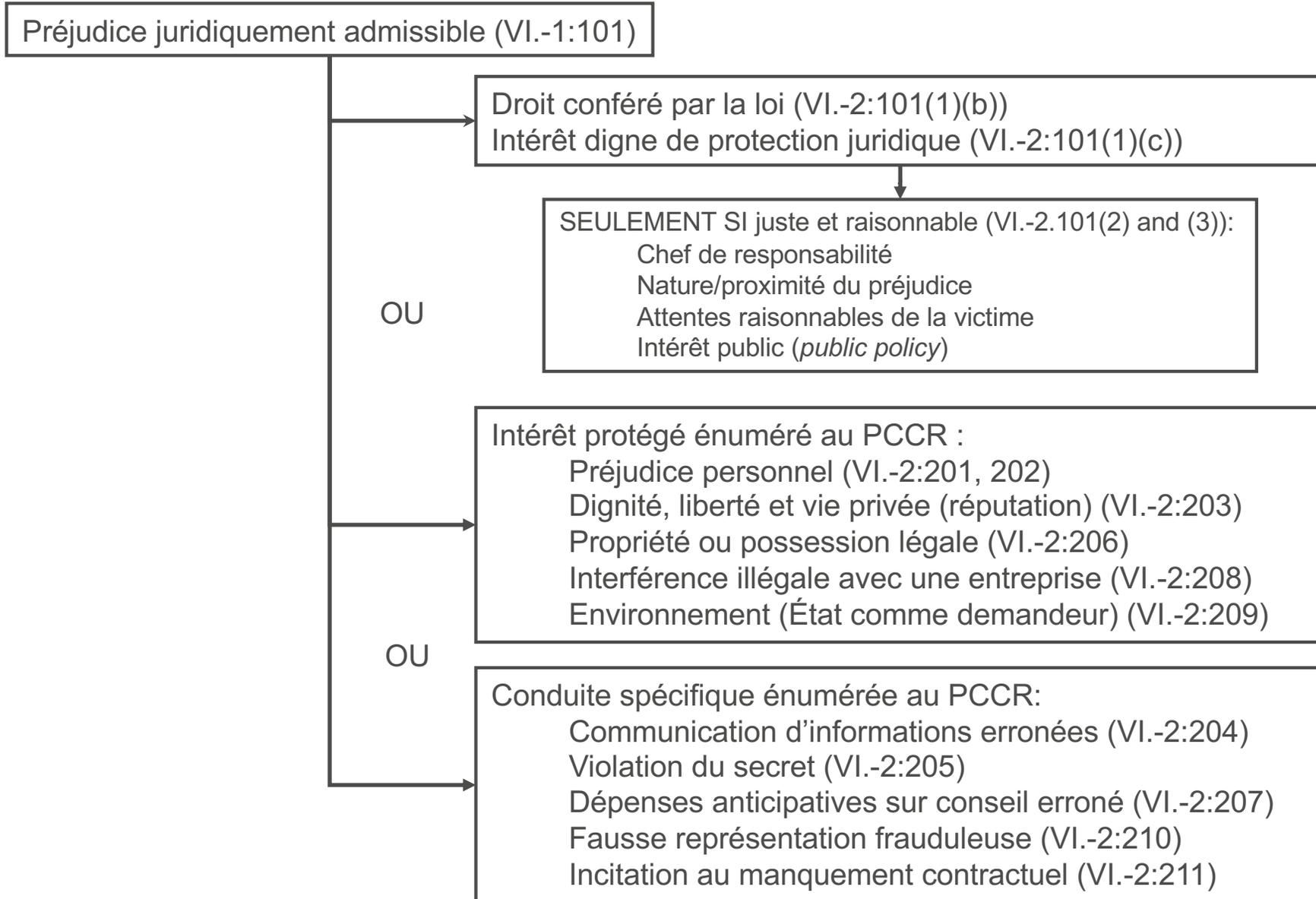
Équilibre législatif – judiciaire

La Cour suprême allemande a passé le 20^e siècle à compenser les défaillances du cadre imaginé par les codificateurs, en particulier § 823(1) BGB

- Absences de la liste de § 823(1) BGB, couvertes via les « autres droits »
 - Intérêts extra-patrimoniaux non-corporels : réputation, image, vie privée, etc.
 - Droit général à la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*)
 - Ces deux droits nécessitent un équilibrage interne
- Et il y a d'autres exemples ailleurs en responsabilité civile...

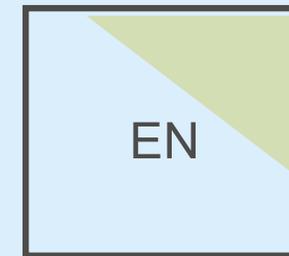
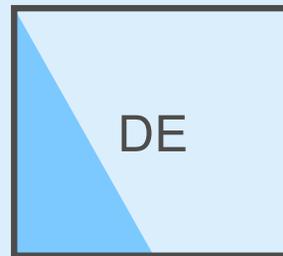
Ce ne semble donc pas être sage de vouloir offrir des précisions par la voie législative
Et pourtant...

Le Projet de cadre commun de référence (PCCR)



Équilibre législatif – judiciaire

Failles méthodologiques du PCCR



- Simple superposition des cadres des trois grandes traditions européennes
 - Aucune réflexion sur les choix sous-jacents
 - Compréhension erronée du cadre français
- Ignorance (?) de la jurisprudence des cours européennes

La réforme française de la responsabilité civile

Conclusions

Retour sur les trois considérations pour le design d'un cadre juridique

1. Respect des principes fondamentaux de droit
 2. Efficacité : capacité d'atteindre les objectifs de fond
 3. Efficience : subsidiairement, minimisation des coûts d'opération du cadre
- L'usage d'un mécanisme d'exclusion *a priori* pour améliorer l'efficience (3.) risque d'être contre-productif, voire d'entrer en conflit avec l'efficacité (2.) et les principes fondamentaux (1.)
 - Dans la gestion du changement, il est préférable d'avoir une perspective dynamique et de favoriser la réduction des erreurs plutôt que d'arbitrer entre les erreurs de Type I et II (2.). La perte d'efficience peut être compensée en réduisant l'effet de précédent (3.)
 - Le Législateur n'est pas dans une meilleure position que le judiciaire, et ainsi il est préférable de légiférer en termes généraux et de laisser de la latitude aux tribunaux

Conclusions

Un admirateur caché des art. 1240 C.civ. et 1457 CcQ ?

- Lien avec mes travaux en régulation et en innovation

La règle de droit en tant qu'outil de gestion de l'information

- Impact des avancées en matière d'analyse et de traitement de l'information : science des données, IA

